



Telefônica está obrigada a devolver valores cobrados

20/10/2004

A cobrança da assinatura básica mensal de telefone é inexigível. Com esse entendimento, o juiz Rafael Tocantins Maltez, da 1ª Vara Cível de Itanhaém, litoral de São Paulo, mandou a Telefônica devolver em dobro todos os valores recolhidos. Maltez julgou parcialmente procedente o pedido do consumidor José Eurípedes Ferreira. Da sentença ainda cabe recurso.

Para o juiz, a Telefônica não possui legitimidade para cobrar o preço da assinatura. Segundo ele, a cobrança, possibilidade concedida pelo Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local nº 51/98, não tem sustentação. “A uma porque o consumidor não participou de tal contrato. A duas porque, contendo o contrato cláusula abusiva e fora da realidade de conceitos básicos de economia e respeito ao consumidor, não poderia subsistir, por ser nula, a cláusula que a estabelece”, explicou o juiz.

“Segundo a Constituição, ninguém, será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e, portanto, a resolução nº 85/98 não pode obrigar o consumidor”, completou Maltez.

A sentença foi parcialmente procedente porque Maltez rejeitou o pedido de danos morais. “Não se vislumbra tenha ocorrido dano moral pudesse ensejar violação de direito da personalidade. Nada de concreto foi alegado ou produzido. Pediu-se a condenação em danos morais por pedir-se, sem qualquer fundamentação fática ou jurídica”, afirmou o juiz.

Leia a íntegra da sentença

Vistos.

Dispensado o relatório nos termos do artigo 38, da Lei nº 9.099/95.

Trata-se, como se vê, de ação de inexigibilidade da assinatura mensal cobrada pela ré em decorrência dos serviços de telefonia prestados. Tem-se também pedido de condenação de repetição de indébito dos valores já pagos.

Primeiramente, há que se fixar a natureza jurídica da relação existente entre as partes. Conforme artigos 2º e 3º, da Lei 8.078/90, a relação travada entre as partes é de consumo, uma vez que o autor é pessoa física que se utiliza dos serviços prestados pela ré como destinatário final e a ré é pessoa jurídica privada que desenvolve atividade de distribuição e comercialização de serviços. De outra banda, para que se dissipe qualquer dúvida, o artigo 7º, da Lei 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços dispõe: “Sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários...”.



Assim é que, referido artigo 7º expressamente determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre prestador de serviços e usuário.

Passa-se assim a análise das preliminares, que ora são rejeitadas.

O juízo é competente para conhecer do pedido, considerando que a ré é pessoa jurídica de direito privado, não se enquadrando, portanto, na exceção contida no artigo 8º, “caput”, da Lei 9.099/95.

Por outro lado, conforme exposto no artigo 6º, do Código de Processo Civil, ninguém pode pleitear em nome próprio, direito alheio, não competindo à ré argumentar se a Anatel tem ou não interesse na presente lide, tanto mais que não se trata de litisconsórcio necessário, sendo, portando, dispensada sua presença no pólo passivo. Também não está evidente o interesse da Anatel, que é agência reguladora instituída pela Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, e criada para regular e fiscalizar a prestação ou execução de serviços na área de telecomunicações, nos termos do artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal. A Anatel é titular de poderes normativo e disciplinar, não executando os serviços, mas apenas fiscalizando-os.

Ademais, não sendo hipótese de litisconsórcio necessário, a inclusão da Anatel no pólo passivo, violaria o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, pois dificultaria a defesa do dos direitos do consumidor em juízo, obrigando-o a ajuizar ação na Justiça Federal, inexistente em Itanhaém.

Para afastar qualquer dúvida, o fato é que o autor solicitou os serviços da ré e esta é que deve responder. É a própria ré que procede à cobrança da assinatura e que recolhe e respectivo valor, emite nota fiscal e fatura de serviços de telecomunicações, devendo suportar os efeitos da condenação, por ter prestado os aludidos serviços. A Anatel em nenhum momento participou da relação jurídica entre as partes. Tem-se ainda que, conforme artigo 25, da Lei 8987/95, incumbe à concessionária responder por todos os prejuízos causados aos usuários e conforme o parágrafo único, do artigo 7º, Código de Defesa do Consumidor, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos.

Não colhe a alegação de que o autor não juntou na inicial as cópias das faturas de serviços de telecomunicações devidamente quitadas. Com efeito, verifica-se das cópias juntadas as fls. 19/25, as faturas envidas ao autor e devidamente quitadas.

Também não colhe os argumentos de que o autor não apresentou pedido certo e determinado, uma vez que basta a leitura do pedido a fls. 15 para verificar que é certo e determinado, sendo que o lapso temporal está claro que é desde o início da utilização dos serviços.

A possibilidade jurídica do pedido está presente, uma vez que o pedido é amparado em nosso ordenamento jurídico. Quanto ao mais, trata-se de mérito.

No mérito o pedido é parcialmente procedente.



Primeiramente, é importante frisar que sendo a ré pessoa jurídica de direito privado, está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais (empresariais), trabalhistas e tributários.

Pois bem.

Como é cediço, quando prestado diretamente pelo Poder Público, o serviço é remunerado pelo usuário mediante taxa (espécie do gênero tributo), mas, quando prestado pelo concessionário, a remuneração decorre do pagamento de preço público ou tarifa, consistindo esta na retribuição pecuniária paga pelo usuário ao concessionário em razão da utilização do serviço público por ele prestado.

Considerando tal premissa, verifica-se a ilegalidade da cobrança da assinatura.

Isso porque o serviço prestado pela ré é elástico, que significa, em última análise, que o fornecimento dos serviços pode ser aumentado na medida em que o consumo cresce, em contraposição à mercadoria/serviço inelástico, vale dizer, a cada momento, a sua quantidade é dada e não pode ser facilmente alterada.

Os preços dos produtos elásticos formam-se basicamente pelos custos de produção/manutenção. Cada empresa tem determinado custo com a mão-de-obra que utiliza, pagando salários, com a compra de matéria prima e com os equipamentos, que é amortizado ano a ano, dependendo de sua vida útil. O custo de produção/manutenção vai determinar quanto a empresa vai pedir pelo produto/serviço. Aqui cabe o esclarecimento-chave. Não que a empresa peça exatamente aquilo que custa: ela vai pedir mais, porque ela vai querer lucro; a finalidade de uma empresa, num sistema de mercado, é, obviamente, obter lucro.

O lucro depende do preço por que ela vai conseguir vender o produto/serviço, menos o custo.

O preço é formado pelo custo da produção/manutenção, acrescido de uma margem de lucro.

Desta forma, e bem compreendidos os conceitos acima expostos que dão base à economia de mercado, adotada no Brasil, conforme a Constituição Federal de 1988, tem-se que a ré não poderia cobrar em separado do consumidor os custos decorrentes da prestação dos serviços de telefonia porque tais devem ser retirados dos próprios serviços de telefonia. Há assim no caso em tela um bis in idem, pagando o consumidor duas vezes pelo custo do serviço, uma quando paga a ligação ou outros serviços (identificador de chamada, despertador etc.) e outra quando paga a assinatura.

Em qualquer economia de mercado, tanto mais naqueles que se respeitam os direitos do consumidor, estes somente devem pagar pelos serviços que efetivamente consumiu e não pela manutenção deles. Portanto revela-se ilegal, imoral, inconstitucional, abusiva e injusta a cobrança de qualquer outra importância, que não guarde correspondência com o serviço efetivamente prestado, como se viu e verá.

Ora, o que se presta como serviço são os pulsos e eventuais outros serviços diretamente oferecidos aos consumidores (identificador de chamadas, despertador etc.), nada mais podendo ser cobrado, pois fugiria ao conceito de preço.

Conforme já mencionado, a manutenção do sistema compete à ré, devendo retirar o seu respectivo custo do preço cobrado em relação ao serviço efetivamente prestado, não sendo lógico cobrá-los à parte, pois nessa hipótese de cobrança de assinatura, está se pagando por um preço não correspondente a qualquer serviço prestado, desnaturando a essência de preço, notadamente o público.

Ao se pensar de outro modo, chegar-se-ia a absurda conclusão de que todas as empresas poderiam cobrar além do preço de seus produtos/serviços um valor correspondente à manutenção do oferecimento daqueles produtos/serviços.

Exemplifica-se.

No que tange ao serviço de transporte, como está à disposição do consumidor quase que continuamente, poder-se-ia justificar a cobrança de uma “assinatura” pelo fato de o transporte estar a disposição do usuário acarretando, por isso mesmo, custos na manutenção, mesmo sem utilização. Sabe-se que isso não ocorre e nem poderia. A partir do preço da passagem, cobrem-se os custos e a diferença representa o lucro da empresa.

Ao se admitir tal argumento, poder-se-ia justificar a cobrança de assinatura pela manutenção de farmácias 24 horas pelo custo que representa tal disponibilidade ao consumidor que teria o serviço continuamente à disposição, mesmo que não houvesse uma venda durante a madrugada. Indo-se mais longe, poder-se-ia justificar a cobrança de assinatura de uma lanchonete aberta 24 horas (como ocorre nos grandes centros urbanos), pelo fato de o consumidor ter disponível, de forma contínua, seus lanches, acarretando com isso um custo, mesmo que não houvesse a venda de um lanche sequer.

Nem se alegue que a ré é concessionária de serviço público, pois, conforme já visto, se submete ao regime próprio das empresas privadas executando serviços em seu nome por conta e risco (artigo 2º, II, da Lei 8.987/95).

Assim, cobrar-se duas vezes pela manutenção do serviço não atende aos preceitos da boa-fé objetiva, Princípio que já estava incorporado no CDC e ora o foi pelo novo Código Civil, e da proibição do enriquecimento sem causa.

Importante frisar que o artigo 6º, parágrafo 1º, da Lei 8.987/95, prescreve modicidade das tarifas. Ora, verifica-se que o valor cobrado a título de assinatura corresponde a 13,35% do salário mínimo (considerando o valor da assinatura R\$ 34,70), valor que certamente não pode ser considerado módico.

A referida assinatura nem justifica a instalação da linha na casa do consumidor, pois, como é cediço, é cobrada uma outra tarifa, de habilitação, para somente se conectar a linha na casa do consumidor e fazer a ligação até a PTR, cobrando-se para isso um valor absurdo de R\$ 73,10, sem justificativa para tanto, considerando ainda que qualquer necessidade de serviço interno deverá ser arcado pelo consumidor.



Verifica-se também que os telefones públicos também estão à disposição do usuário e não se cobra o valor de assinatura mensal dos usuários, pois, somente pode ser cobrado pela efetiva utilização do telefone público. Assim é que, se não há utilização efetiva do serviço telefônico não há suporte legal para amparar a cobrança da assinatura mensal.

Nem se alegue que são fornecidos cem pulsos embutidos no valor da assinatura mensal. Isso porque tais pulsos não foram solicitados pelo consumidor e quando o serviço não é solicitado é considerado amostra grátis (artigo 39, inciso III e parágrafo único, da Lei 8.078/90), vale dizer, mesmo sem a utilização dos cem pulsos o consumidor estaria pagando por um serviço não solicitado.

Também não pode ser utilizado o argumento de que a Anatel permite a cobrança da assinatura. A uma, porque como visto tal cobrança é ilegal, não podendo a Anatel permitir cobranças indevidas, legitimando-as. A duas, porque o consumidor não celebrou contrato com a Anatel, não tendo relação jurídica com ela.

Contudo, mesmo que se aceitasse o argumento da legitimidade da assinatura telefônica, considerando que o respectivo valor recolhido é utilizado na manutenção dos serviços, não comprovou a ré que o total dos recolhimentos é utilizado na efetiva manutenção desses serviços e por certo, para sustentar o argumento da ré, conforme regra sobre o ônus da prova, deveria demonstrar que cada centavo recolhido foi aplicado na manutenção do sistema. Alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

A ré subverte o sistema capitalista, uma vez que quer atuar sem risco algum. Ora, é cediço que a economia capitalista é baseada no risco de se lançar em qualquer empreendimento econômico. Assim, estaria resguardada, mesmo que não haja utilização dos serviços. De outra banda, como também é cediço, em qualquer país de mundo, o retorno das concessionárias se dá por décadas e no Brasil quer-se ser diferente, com retorno do investimento em poucos anos, gerando lucros bilionários.

Também não comprovou a ré que se cada usuário tivesse que pagar à operadora a sua fração correspondente aos custos fixos teria que desembolsar uma quantia elevadíssima.

É de se ressaltar que, se antes o valor da habilitação de quase R\$ 3.000,00 não se justificava, o valor ora cobrado também não foi justificado nos presentes autos.

A comparação do valor em reais da assinatura cobrada no Brasil em relação a outros países foi feita de modo superficial, sem considerar-se outros fatores relevantes, como a porcentagem do salário mínimo do respectivo país correspondente à respectiva assinatura. Isso porque, como é óbvio, o salário mínimo nos Estados Unidos ou no Japão é infinitamente superior ao nosso, com poder aquisitivo muito superior ao nosso, pelo que o pagamento da assinatura nos respectivos países, se é que existe, não representa gasto significativo no orçamento doméstico. Já no Brasil, como visto, representa 13,35%, valor esse expressivo (nem se alegue que a ré fica com apenas 60% do valor, porque o consumidor tem que arcar com valor correspondente a 13,35% do salário mínimo).



Em comparação com outros países, também se verifica um bis in idem. De fato, nos EUA, se paga somente o valor da assinatura, não se cobrando os pulsos locais. Aqui, cobra-se a assinatura e os pulsos.

Quanto à afirmação de que a ré possui legitimidade para cobrar o preço da assinatura uma vez que foi concedido pelo Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado Local nº 51/98, não tem sustentação. A uma porque o consumidor não participou de tal contrato. A duas porque, contendo o contrato cláusula abusiva e fora da realidade de conceitos básicos de economia e respeito ao consumidor, não poderia subsistir, por ser nula, a cláusula que a estabelece.

Diga-se ainda que, segundo a Constituição, ninguém, será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e, portanto, a resolução nº 85/98 não pode obrigar o consumidor. Ademais, resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo ou pelos presidentes de tribunais, órgãos administrativos e colegiados administrativos, para disciplinar matérias de sua competência específica, sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente completá-los ou explicá-los e, portanto, a resolução não pode estabelecer obrigação em relação ao consumidor.

Também não há que se falar que o usuário anuiu com o pagamento da assinatura por ocasião do pedido de habilitação ou pela aceitação da correspondência a ele encaminhada, pois, tratando-se de contrato de adesão o consumidor não tem qualquer influência na discussão de suas cláusulas, devendo aceitá-las em bloco ou não. E como não há livre concorrência para tal serviço ou o consumidor as aceita ou ficará sem telefone, o que na atual conjuntura da sociedade contemporânea é algo bastante difícil. Assim sendo, nos termos do artigo 51, da Lei 8.078/90, tal cláusula é nula de pleno direito, pois é incompatível com a boa-fé, além de ser abusiva.

Registre-se, por oportuno que a ré sequer fornece a cópia do contrato, estando ele registrado no Registro de Títulos e Documentos de São Paulo sendo, portanto, desnecessário mencionar a dificuldade que teria o consumidor de Araçatuba, por exemplo, para ter acesso a ele.

A assinatura também não encontra amparo na Lei 9.472/97. De fato, o artigo 103 da referida lei alude a estrutura tarifária para cada modalidade de serviços, vale dizer, como já mencionado, a lei refere-se à tarifa (preço) do serviço efetivamente prestado. A lei não menciona a possibilidade de cobrança de tarifa sem contraprestação efetiva de serviço, e como já fundamentado.

Fixado ser indevida a cobrança da assinatura, passa-se a analisar o pedido de reembolso das verbas pagas no passado a título de valor da assinatura.

No que tange a esta questão afasta-se a alegação de decadência, porque não se discute vício do produto ou serviço, mas de inexigibilidade da cobrança da tarifa de assinatura não se aplicando, portanto, o artigo 26, do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se, ademais, de prestação

continuada.

Como houve cobrança indevida de valores, nos exatos termos do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, tem o autor direito à repetição de indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais.

Nem se alegue que não houve má-fé, uma vez que, na legislação especial, é prescindível o requisito subjetivo. De toda sorte, como demonstrado, a cláusula que estabelece a cobrança de assinatura é nula de pleno direito, não produzindo efeitos. Não houve sequer engano justificável, pois sendo a ré empresa multinacional, possuindo funcionários altamente qualificados e assim sabedora da conduta das empresas de telefonia nos países desenvolvidos, que respeitam os Direitos dos consumidores, deveria saber que sua conduta é ilegal, não servindo de escusa a alegação de estar autorizada pelo governo, pois se o ato contraria o Direito (lembrando-se sempre que o Direito não se reduz à norma), nem mesmo ele pode legitimá-lo. Assim, o autor faz jus à repetição em dobro dos valores pagos e devidamente comprovados nos autos, uma vez que, cabe a ele comprovar os pagamentos efetuados.

Por fim, não se vislumbra tenha ocorrido dano moral pudesse ensejar violação de direito da personalidade. Nada de concreto foi alegado ou produzido. Pediu-se a condenação em danos morais por pedir-se, sem qualquer fundamentação fática ou jurídica.

Pelo todo o exposto julgo parcialmente procedente o pedido formulados por JOSÉ EURÍPEDES FERREIRA em face de TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A - TELESP S/A para, confirmada a liminar, declarar inexigível a cobrança da assinatura mensal e a condenação da ré a devolver em dobro todos os valores recolhidos e devidamente comprovado nos autos, corrigido monetariamente pela Tabela Prática de Atualização Monetária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir dos respectivos pagamentos e juros de 0,5% ao mês, desde a citação.

Sem condenação em custas ou honorários advocatícios, nos termos da Lei 9.099/95.

P.R.I.

Itanhaém, 20 de outubro de 2004.

RAFAEL TOCANTINS MALTEZ

Juiz de Direito

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2004-out-20/telefonica_obrigada_devolver_valores_cobrados/